

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 2 Μαρτίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 26.2.2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 199/27-2-2018 Προδικαστική Προσφυγή του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ΚΕΡΚΥΡΑΣ», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή, τιτλοφορούμενη ως «ΕΝΣΤΑΣΗ» και απευθυνόμενη προς την Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων Διαγωνισμού και Αξιολόγησης Προσφορών Δήμου Κέρκυρας, ο αιτών επιδιώκει να κηρυχθεί άκυρο το Πρακτικό Νο 3 της 7-2-2018 της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του Ανοικτού Δημόσιου Ηλεκτρονικού Μειοδοτικού Διαγωνισμού με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΛΟΙΠΩΝ ΑΝΑΛΩΣΙΜΩΝ ΓΙΑ ΤΟΝ ΔΗΜΟ ΚΕΡΚΥΡΑΣ ΚΑΙ ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΠΡΟΣΩΠΟ “ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΚΑΙ ΠΑΙΔΕΙΑΣ ΔΗΜΟΥ ΚΕΡΚΥΡΑΣ”» ως προς το τμήμα 7 αυτού «ΕΙΔΗ ΟΠΩΡΟΠΩΛΕΙΟΥ». Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η διαφορά αφορά διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης που διακηρύχθηκε με την υπ' αρ. πρωτ. 49880/29-9-2017 Διακήρυξη Ανοικτού Δημοσίου Διεθνούς Ηλεκτρονικού άνω των ορίων Διαγωνισμού

Αριθμός απόφασης: 175/2018

«Προμήθεια Τροφίμων και λοιπών αναλωσίμων για τον Δήμο Κέρκυρας και το Νομικό Πρόσωπο “Οργανισμός Κοινωνικής Προστασίας και Παιδείας Δήμου Κέρκυρας” για το έτος 2017 με συνέχεια στο έτος 2018» του Δήμου Κέρκυρας, με εκτιμώμενη άνευ ΦΠΑ συνολική αξία 403.241,74 ευρώ και επιμέρους αξίας του τμήματος 7 «ΕΙΔΗ ΟΠΩΡΟΠΩΛΕΙΟΥ» που καταρχήν αφορά 58.842,54 ευρώ άνευ ΦΠΑ, η οποία απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 2-10-2017 δημοσιεύτηκε στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α 46870 την 4-10-2017 και στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC002025753 την 2-10-2017. Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης ως και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καταρχάς καθ’ ύλην αρμοδιότητά της κατ’ αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

2. Επειδή, μετά της Προσφυγής διεβιβάσθη στο Κλιμάκιο από την υπηρεσία της ΑΕΠΠ εκτύπωση εξόφλησης παραβόλου μέσω Τράπεζας Πειραιώς με στοιχεία 19262560995804270081 χωρίς να προσκομίζει το ίδιο το παράβολο, το οποίο παράβολο όμως σε κάθε περίπτωση, όπως προέκυψε μετά από έλεγχο της αρμόδιας υπηρεσίας της ΑΕΠΠ δεν εκδόθηκε υπέρ της ΑΕΠΠ αλλά υπέρ άλλου/ων φορέα/ων του δημοσίου και κατ’ αποτέλεσμα δεν δεσμεύθηκε υπέρ της Αρχής. Συνεπώς, δεν κατεβλήθη το κατ’ αρ. 5 ΠΔ 39/2017 αρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο και επομένως, η προσφυγή είναι ούτως ή άλλως απορριπτή ως απαράδεκτη (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 242, 254/2017, 73, 74, 75, 76, 115/2018, Α37 και Α100/2017 και πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 27,29,235/2015, ΣτΕ 777/2013 Ολομ., 494/2013).

3. Επειδή, ασχέτως του απαραδέκτου λόγω μη προσκόμισης παραβόλου υπέρ της ΑΕΠΠ, προκύπτουν τα ακόλουθα. Κατ’ αρ. 346 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 δια προδικαστικής προσφυγής προσβάλλονται αποκλειστικά και μόνο οι πράξεις της αναθέτουσας που έχουν εκτελεστό χαρακτήρα (βλ. αρ. 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής... να ασκήσει προδικαστική προσφυγή*

Αριθμός απόφασης: 175/2018

ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής»). Οι δε πράξεις των Επιτροπών Διαγωνισμού τόσο κατά τον έλεγχο τυπικών δικαιολογητικών συμμετοχής όσο και κατά την αξιολόγηση των προσφορών έχουν χαρακτήρα απλής γνώμης που απευθύνεται προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας και ως εκ τούτου, ως μη εκτελεστές γνωμοδοτικής φύσεως πράξεις (βλ. ΣΤΕ 323/2012 και ΣΤΕ ΕΑ 421/2014, 423/2013, 464/2012, 251, 419, 721/2011, 115, 631, 1279/2009, 818/2008, 107, 645/2007, 115/2009, 420, 153, 46/2006, 860, 352, 43/2005, 57, 375, 806/2002) δεν υπόκεινται σε προδικαστική προσφυγή (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 157/2017, 10 και 36/2018).

4. Επειδή, η κατατεθείσα την 26-2-2018 «Ένσταση», ασχέτως του τίτλου αυτής, ο οποίος καθ' ερμηνεία δύναται να ληφθεί υπόψη ως Προδικαστική Προσφυγή (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 140/2017) ασχέτως ότι απευθύνεται στον Δήμο Κέρκυρας και δη στην Επιτροπή του Διαγωνισμού, αφού η αρμοδιότητα και διαδικασία εξέτασης προδικαστικών προσφυγών, ως και οικείες δικονομικές διατάξεις, δεν καθορίζονται ούτε από τους μετέχοντες στον εκάστοτε διαγωνισμό ούτε από την εκάστοτε αναθέτουσα και την όποια διακήρυξη αυτής, αλλά ευθέως και αποκλειστικών από το Βιβλίο IV Ν. 4412/2016 και τα εφαρμοστικά αυτού ΠΔ και λοιπές κανονιστικές πράξεις, και επιπλέον, ασχέτως ότι δεν ασκήθηκε με το οικείο προδιατυπωμένο έντυπο του άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 και άρ. 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016, αφού τούτο μόνο του δεν αποτελεί ουσιώδη τύπο της διαδικασίας, η παραβίαση του οποίου δύναται άνευ ετέρου, τουλάχιστον, να οδηγήσει σε απαράδεκτο της προσφυγής, αφού από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 προκύπτει πως σκοπός της οικείας περί εντύπου πρόβλεψης είναι η επιτάχυνση της διαδικασίας, ενώ εξάλλου δεν απαγορεύεται από τον Κανονισμό της ΑΕΠΠ η υποβολή προδικαστικών προσφυγών περιβαλλόμενων με άλλο τύπο (βλ. ΔΕφΚομ Ν39/2017), στρέφεται κατά μη εκτελεστής πράξης και συγκεκριμένα του υπέχοντος θέση απλής γνώμης και εισηγήσεως, ως προκύπτει εξάλλου και από το ίδιο το περιεχόμενό του («*προτείνει την κατακύρωση*»), οικείο Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού και όχι κατά της εγκρίνουσας αυτό και μόνης εκτελεστής πράξεως, ήτοι της με αρ. 4-4/2018 της 4^{ης} Συνεδρίασης της 9-2-2018 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας. Σημειωτέον δε, ότι σε

Αριθμός απόφασης: 175/2018

κανένα σημείο της «Ενστάσεως» του προσφεύγοντος δεν λαμβάνει χώρα μνεία όχι μόνο ειδικά και συγκεκριμένα περί της ως άνω εκτελεστής Απόφασης, αλλά ούτε περί τυχόν «επικυρωτικής» ή «εγκριτικής» πράξης ή περί απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής ή έστω γενικώς Απόφασης της αναθέτουσας ούτε με αναφορά στα στοιχεία αυτής ή έστω την ημερομηνία έκδοσης, ώστε να δύναται το Κλιμάκιο να ερμηνεύσει το δικόγραφο ως στρεφόμενο και κατά της παραπάνω, μόνης εκτελεστής πράξης. Αντίθετα, τόσο στην έναρξη του δικογράφου («*ΚΑΤΑ του Πρακτικού Ν. 3 της 7/2/2018 της επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης της διαδικασίας ανάθεσης για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων ΑΠΟΣΦΡΑΓΙΣΗ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ Ανοικτού Δημόσιου Ηλεκτρονικού Μειοδοτικού Διαγωνισμού...*»), όσο και στο διακριτό αιτητικό του («*ΖΗΤΟΥΜΕ... Να κηρυχθούν άκυρα τα προσβαλλόμενα δια της παρούσης υπ' αρ. 3 Πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης του διαγωνισμού όσον αφορά το τμήμα 7 ΕΙΔΗ ΟΠΩΡΟΠΩΛΕΙΟΥ*»), αλλά και εντός του κυρίως μέρους αυτού («*Ενιστάμεθα και προβάλλουμε το ως άνω υπ' αριθμ. 3 της 7/2/2018 πρακτικό αποσφράγισης και αξιολόγησης δικαιολογητικών προσφορών και τεχνικών προσφορών του διαγωνισμού... της αρμόδιας επιτροπής... Η αρμόδια επιτροπή εισήγηθηκε την κατακύρωση του διαγωνισμού στην εταιρεία... ενώ η εταιρεία δεν έχει προσκομίσει...*») λαμβάνει χώρα αναφορά αποκλειστικά και μόνο στο γνωμοδοτικό (σημειωτέον, ότι το δικόγραφο όχι μόνο αναφέρεται αποκλειστικά στο Πρακτικό, αλλά και αποκλειστικά στην Επιτροπή Διαγωνισμού ως εκδότη της κατ' αυτό προσβαλλόμενης πράξης, όπως και στην ημερομηνία έκδοσης του Πρακτικού και όχι της Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής, ενώ το ίδιο το δικόγραφο ρητά αναφέρει ότι η Επιτροπή του Διαγωνισμού της οποίας το Πρακτικό προσβάλλει «εισηγήθηκε») και μη εκτελεστής φύσεως Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού. Ούτως δεν καταλείπεται ουδεμία αμφιβολία ότι ο προσφεύγων δια του προκειμένου δικογράφου του στράφηκε κατά του ως άνω μη εκτελεστού Πρακτικού και όχι κατά της μόνης εκτελεστής, εγκριτικής και επικυρωτικής αυτού Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής, δια της οποίας εξάλλου και μόνο, αποφασίστηκε από την αναθέτουσα η έγκριση του παραπάνω Πρακτικού και δη η κατακύρωση του διαγωνισμού στους αναδόχους.

5. Επειδή, επομένως, το παραπάνω δικόγραφο ως στρεφόμενο αποκλειστικά και μόνο κατά του ως άνω μη εκτελεστού γνωμοδοτικού Πρακτικού

Αριθμός απόφασης: 175/2018

της Επιτροπής Διαγωνισμού, ασκήθηκε απαραδέκτως ως Προδικαστική Προσφυγή, στο μέτρο εξάλλου, στο οποίο και εφόσον δι' αυτού ο προσφεύγων τυχόν σκοπούσε και κατέτεινε όντως σε άσκηση Προδικαστικής Προσφυγής. Εξάλλου, δεν είναι καν σαφές από το σύνολο του περιεχομένου του, δεδομένου ότι ο συντάκτης του το προσδιόρισε κατά τα ως άνω ως Ένσταση απευθυνόμενη προς την αναθέτουσα και μάλιστα της Επιτροπής Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων του διαγωνισμού και αναμφισβήτητα αφορώσα το γνωμοδοτικό μη εκτελεστό Πρακτικό της Επιτροπής αυτής, ότι αυτό συνιστά έστω και καταρχήν Προδικαστική Προσφυγή κατά την έννοια των άρ. 346 και 360 επ. Ν. 4412/2016. Σημειωτέον, ότι τα ανωτέρω, ήτοι ότι το ως άνω δικόγραφο δεν συνιστά παραδεκτώς ασκούμενη ενώπιον της ΑΕΠΠ προδικαστική προσφυγή κατά εκτελεστής πράξεως, δεν εμποδίζει την αναθέτουσα αρχή, περί της μη εκτελεστής πράξης της οποίας αναφέρεται, να λάβει υπόψη τα (ουδόλως, εξάλλου εξετασθέντα ως προς την ουσία τους από το Κλιμάκιο) αναφερόμενα στο παραπάνω έγγραφο του προσφεύγοντος, στο πλαίσιο εξάλλου της εκ μέρους της τηρήσεως της αρχής της νομιμότητας.

6. Επειδή, συνεπώς, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή ως απαράδεκτη.

7. Επειδή, δεν υφίσταται ούτως ή άλλως παράβολο δεσμευμένο υπέρ της ΑΕΠΠ ώστε να καταπέσει.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 2-3-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ